

2  
IV ZR 2/50

Verkündet am 7. Januar 1952

2501 002

Klett, Justizangestellter als  
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Kaufleute Willi und Karl R [REDACTED] in C [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED]

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die geschiedene Ehefrau Anna R [REDACTED] geb. R [REDACTED]  
in C [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 20. Dezember 1951 unter Mitwirkung  
der Bundesrichter Dr. Lersch, Ascher, Raske, Johannsen und  
Dr. von Werner

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des  
4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom  
26. November 1948 wird auf Kosten der Kläger zurück-  
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Geschwister. Ihre Eltern, der Buchdruckereibesitzer Otto R. [REDACTED] und dessen Ehefrau Johanna geb. P. [REDACTED] haben im Jahre 1889 die Ehe geschlossen. Sie lebten zunächst in N. [REDACTED], Reg.-Bezirk B. [REDACTED] und erwarben dort ausweislich eines Bekanntmachungsschreibens des Grundbuchamts N. [REDACTED] vom 5. Oktober 1908 (Bl. [REDACTED] d.A.) als Miteigentümer kraft ehelicher Gütergemeinschaft ein Grundstück. Später verzogen sie nach C. [REDACTED] und erwarben hier im Jahre 1920 das Grundstück K. [REDACTED] str. [REDACTED], als dessen alleiniger Eigentümer der Ehemann R. [REDACTED] eingetragen wurde. Am 29. August 1920 errichteten die Eheleute ein privatschriftliches Testament mit folgendem Wortlaut:

"Wir Unterzeichneten Otto R. [REDACTED] und Frau Johanna R. [REDACTED] geb. P. [REDACTED] setzen uns gegenseitig als Erben ein. Der überlebende Ehegatte ist demnach alleiniger Erbe des zuerst Versterbenden, während die Kinder als Erben des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt sind. Nach dem Tode des Überlebenden soll unser beiderseitiger Nachlaß: Grundstück und Geschäft an unsere Kinder wie folgt fallen. Den beiden Söhnen

1) Karl R. [REDACTED]

2) Wilhelm (Willy) R. [REDACTED]

fällt das Grundstück sowie die Druckerei und das Ladengeschäft nebst Warenvorräten und sonstigen Utensilien zu, ebenfalls übernehmen sie Schulden und Außenstände.

Dagegen haben die genannten beiden Söhne die Verpflichtung, unsere beiden Töchter

3) Frau Hedwig S. [REDACTED] geb. R. [REDACTED] und

4) Frau Anna R. [REDACTED] geb. R. [REDACTED]

je 5000 Reichsmark innerhalb 3 Monaten bar auszuzahlen.

Sollte jedoch das Geschäft der Söhne sehr in Mitleidenschaft gezogen werden, so können sie obige Summen innerhalb 3 Jahren

- 3 -

ratenweise abzahlen, und zwar innerhalb des ersten Jahres jeder Tochter 2000 Mark, innerhalb des zweiten Jahres ebenfalls 2000 Mark und während des dritten Jahres je die restlichen 1000 Mark. Die jeweiligen Restsummen sind jedoch wie zur Zeit üblich zu verzinsen. Das wären 5 %. Stirbt Frau Anna R., so fällt ihr Erbteil deren Kinder zu. Über vorhandene gesparte Privatgelder und Wirtschaftsgegenstände kann der Überlebende der Unterzeichneten nach seinem Willen extra verfügen.

gez. Otto R.

Dieses Testament soll auch als mein Testament gelten.  
C., den 29. August 1929

gez. Johanna R.

geb. P."

Nach dem Tode der Ehefrau R. am 2. Mai 1937 bewilligte der Vater R. am 25. Februar 1946 kurz vor seinem Tode zugunsten der Beklagten ein lebenslangliches Wohnrecht auf dem Grundstück K. str. nach Maßgabe folgender im wesentlichen wiedergegebenen Eintragungsbewilligung:

"Ich, der unterzeichnete Buchdruckereibesitzer Otto R., bin Eigentümer des Grundstücks C., K. str. 1. Meine Tochter, die geschiedene Ehefrau Anna R. geb. R., geboren 1899, ist seit ihrer Konfirmation in meiner Hauswirtschaft tätig, hat auch während der Kriegsjahre 1914 - 1918 fleißig und unentgeltlich für mich gearbeitet. Da sie kein sonstiges Einkommen hat, soll sie ihre schon seit 22 Jahren benutzte Wohnung im Hinterhaus meines Grundstücks C., K. str., bestehend aus 2 Zimmern mit Küche und einer Oberstube, lebenslanglich mietfrei bewohnen dürfen, so lange sie will.

Der Bezugswert beträgt jährlich 250.-- RM.

gez. Otto R."

Außerdem hat der Vater R. am 13. März 1946



ein privatschriftliches Testament errichtet, in dem er u.a. folgendes erklärt:

"Meine Frau und ich wir haben durch gemeinschaftliches Testament vom 29. August 1929 letztwillig verfügt, dabei unter anderem ausdrücklich bestimmt, daß über die vorhandenen gesparten Privatgelder und die Wirtschaftsgegenstände der überlebende Ehegatte nach seinem Willen besonders verfügen könne. In dem gemeinschaftlichen Testament vom 29. August 1929 ist über die eben genannten Teile des Nachlasses keine weitere Bestimmung enthalten.

Ich bestimme nun folgendes:

Die sämtlichen mir gehörigen Möbel, Hauratsgegenstände und anderen Gebrauchsgegenstände aller Art, sei es zur Benutzung in der Küche oder sonstwo, also z.B. Geschirr, Bestecke usw., Rundfunkgerät mit allem Zubehör, Bilder, Taschenuhr, Trauringe, kurz alle meine bewegliche Habe, soweit sie nicht durch das Testament vom 29. August 1929 meinen beiden Söhnen Karl und Wilhelm ausdrücklich übertragen wurden, erhalten meine Töchter.....usw."

Der Vater R. [REDACTED] ist am 18. Juni 1946 verstorben. Die Kläger begehren von der Beklagten die Bewilligung zur Löschung des Wohnrechts. Sie haben geltend gemacht, das gemeinschaftliche Testament vom 29. August 1929 sei dahin auszulegen, daß es eine Vor- und Nacherbfolge anordne, so daß sie und ihre Schwestern den Nachlaß ihres Vaters aus verschiedenen Berufsgründen erhalten hätten, nämlich den Nachlaß der zuerst verstorbenen Mutter - als deren Nacherben und den Nachlaß des zuletztverstorbenen Vaters als dessen Ersatzerben.

Eine solche Auslegung ergebe sich aus dem ganzen Sinn und Zweck, insbesondere aber aus dem letzten Absatz des gemeinschaftlichen Testaments, wonach der überlebende

Ehegatte nur über gesparte Privatgelder und Wirtschaftsgegenstände "extra" verfügen durfte. Desgleichen ergebe sich dies aus dem Nachtragstestament des Erblassers, in dem er mit den Worten: "alle meine Habe, soweit sie nicht meinen beiden Söhnen übertragen worden ist", selber zum Ausdruck gebracht habe, daß er sich nicht mehr zur Verfügung berechtigt halte.

Nach alledem sei die Belastung des Grundstücks mit dem Wohnrecht wegen fehlender Genehmigung durch die Nacherben unwirksam. Schließlich haben die Kläger behauptet, die Beklagte sei für ihre Tätigkeit im Haushalt und Geschäft von dem Erblasser entgegen dem Wortlaut der Eintragungsbewilligung stets angemessen entlohnt worden. Der Erblasser habe die böswillige Absicht gehabt, die Kläger, mit denen er in den letzten Jahren in Streit gelegen habe, hinsichtlich ihres Erbteiles zu benachteiligen. So habe er anlässlich einer Streitigkeit erklärt, er werde ihnen "eins auswischen", und im Anschluß daran das Wohnrecht bewilligt.

Die Kläger haben beantragt,

die Beklagte zugunsten der Kläger und der Ehefrau Hedwig S. geb. R. zu verurteilen in die Löschung des für die Beklagte im Grundbuch von C. Band II Artikel 87 in Abteilung II unter Nr 2 auf 5 eingetragenen lebenslänglichen Wohnrechts zu willigen, ferner das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären,

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen, hilfsweise ihr nachzulassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung abzuwenden.

Zur Begründung hat sie folgendes vorgetragen: Das gemeinschaftliche Testament sei dahin auszulegen, daß der überlebende Ehegatte als Vollerbe und die Kinder als dessen Erben eingesetzt worden seien. Der letzte Absatz des Testament

habe den Sinn gehabt, daß der überlebende Ehegatte über das darin genannte Vermögen nicht nur unter Lebenden sondern auch von Todes wegen habe frei verfügen dürfen. Als Vollerbe habe der Erblasser ohne Einwilligung der Erben das Wohnrecht wirksam bestellen können.

Ferner hat die Beklagte bestritten, bei Erwerb des Wohnrechts bösgläubig gewesen zu sein. Auch habe sie von dem Erblasser für ihre Tätigkeit im Haushalt lediglich Haushaltsgeld, nicht aber eine Entlohnung für die Betreuung des Vaters erhalten. Es sei auch nicht richtig, daß der Erblasser anlässlich einer Kohlenstreitigkeit die Worte gebraucht habe, er würde den Klägern "eins auswischen". Im übrigen hat sie auf den eindeutigen Wortlaut der Eintragungsbewilligung hingewiesen, der klar erkennen lasse, daß eine Schädigungsabsicht nicht vorgelegen habe.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt, weil das gemeinschaftliche Testament im Sinne einer Vor- und Nacherbschaft auszulegen und demnach die Belastung des Grundstücks mit dem Wohnrecht unwirksam sei.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Im Gegensatz zum Landgericht hat es das Testament der Eheleute Romberger dahin ausgelegt, daß der Überlebende als Vollerbe des zuerst Versterbenden und die Kinder nur als Erben des überlebenden Ehegatten, nicht auch als Nacherben für den Nachlaß des zuerst Versterbenden eingesetzt seien. Daß die Begründung des streitigen Wohnrechts eine bösliche Schenkung des Erblassers an die Beklagte darstelle, hat es nicht als bewiesen angesehen.

Mit der Revision erstreben die Kläger Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Beklagte hat geltend gemacht, daß die Revision unzulässig sei, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes 6000 DM nicht übersteige. Sie hat einen Bescheid des Preisprüfungsamts vorgelegt, wonach der monatliche Mietwert der Wohnung, auf die das streitige Wohnrecht sich bezieht, auf 39 DM festgesetzt ist. Der 12 1/2 fache Betrag des jährlichen Mietwerts, nach welchem in entsprechender Anwendung des § 9 ZPO der Streitwert zu errechnen sei, sei also geringer als 6000 DM.

Dieser Auffassung vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Die Bestimmung des § 9 ZPO regelt die Wertermittlung bei wiederkehrenden Leistungen. Um eine solche handelt es sich jedoch bei einem dinglichen Wohnrecht nicht. Sein Inhalt besteht vielmehr, wie auch die Beklagte nicht verkennt, in einer fortlaufenden, also nicht durch Zwischenzeiträume unterbrochenen Nutzung, deren Wert gemäß § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen ist (vgl. OLG 40, 345; 33, 147; Baumbach-Leuterbach Anm 2 B zu § 9 ZPO). Der Senat hat unter Berücksichtigung des Mietwerts der streitigen Wohnung und des Alters der im Jahre 1899 geborenen Beklagten in Übereinstimmung mit dem OGHbZ den Wert des Beschwerdegegenstandes auf 7000 DM festgesetzt. Die form- und fristgerecht eingelegte Revision ist danach zulässig.

II.

Zur Sache selbst macht die Revision zunächst geltend, daß das Berufungsgericht nicht ordnungsmässig besetzt gewesen sei. Sie führt dazu näher aus:

Nach § 309 ZPO könne das Urteil nur von denjenigen Richtern gefällt werden, die der ihm zugrundeliegenden mündlichen Verhandlung beigewohnt hätten. Aus den gericht-

lichen Niederschriften vom 19. Oktober und 26. November 1948 gehe hervor, daß bei der Verkündung des Urteils am 26. November 1948 zum Teil andere Richter mitgewirkt hätten, als in der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 1948, auf die das Urteil ergangen sei.

Diese Rüge ist nicht begründet. Rechtsprechung und Rechtslehre sind seit jeher einhellig der Auffassung, daß die Verkündung eines Urteils nicht unter Mitwirkung derselben Richter zu erfolgen braucht, die bei der Verhandlung mitgewirkt haben, auf Grund derer das Urteil erlassen wird (vgl. RG JW 1903, 383; Warn 1911, 56; Stein-Jonas-Schönke § 309 Anm III; Sydow-Busch 22. Aufl § 309 Anm 1; Baumbach-Lauterbach § 309 Anm 1; Rosenberg 5. Aufl § 56 1b S. 233). Es besteht kein Anlaß, von dieser Auffassung, die auch der ständigen Übung der Gerichte entspricht, abzugehen.

### III.

Die Revision macht weiter geltend: Einer der Richter, der in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht und zwar als Berichterstatter mitgewirkt habe, nämlich der Oberlandesgerichtsrat St., sei unmittelbar nach dem Verhandlungstermin vom 19. Oktober 1948 erkrankt. Die Kläger hätten bereits im Verhandlungstermin die Beobachtung gemacht, daß dieser Richter nicht mehr in der Lage gewesen sei, den sehr eingehenden Darlegungen zu folgen. Diese Tatsache werde durch das Zeugnis der beteiligten Anwälte und Richter unter Beweis gestellt. Die Kläger hätten alsdann in Erfahrung gebracht, daß der Berichterstatter wegen einer geistigen Erkrankung der Heil- und Pflegeanstalt in J. habe zugeführt werden müssen. Das nötige die Kläger zu der Behauptung, daß er bereits im Termin vom 19. Oktober 1948 geistesgestört gewesen sei. Zum Beweise hierfür beruft sich die Revision auf das Gutachten Sachverständiger und auf das

Sachverständigenzeugnis des behandelnden Arztes der Heil- und Pflegeanstalt Ilten. Die Geisteskrankheit des Richters stehe dem Fehlen der staatsrechtlichen Voraussetzungen des Richteramtes gleich.

Mit dieser Rüge vermag die Revision nicht durchzudringen. Die Mitwirkung eines geisteskranken Richters bei einem Urteil bildet ohne Zweifel dann einen wesentlichen Verfahrensmangel und damit einen Revisionsgrund, der zur Aufhebung des Urteils führen muß, wenn der Mangel der Geschäftsfähigkeit des Richters das Urteil beeinflußt hat, was bereits mit dem Nachweis der Möglichkeit, daß bei Nichtvorhandensein des Mangels anders entschieden worden wäre, als bewiesen anzusehen sein wird (vgl. Stein-Jonas-Schönke § 551 Anm. II 1 Fußnote 13; Rosenberg § 21 III 3b). Man wird darüber hinaus annehmen müssen, daß schon die Mitwirkung eines geisteskranken Richters als solche einen Revisionsgrund, sei es im Sinne des § 551 Ziff 1 ZPO - nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts - (so RG JW 1928 S 821), sei es im Sinne des § 551 Ziff 2 ZPO - Ausschluß des geisteskranken Richters vom Richteramt kraft Gesetzes - (so Hellwig, System des Zivilprozeßrechts § 36 II 1d) - bildet. Die Frage kann indes hier dahingestellt bleiben, da der Beweis, daß Oberlandesgerichtsrat Strecker sich bei der Verhandlung am 19. Oktober 1948 in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden habe, nicht erbracht werden konnte. Das Fehlen dieses Beweises aber geht zu Lasten der Kläger, die sich zur Begründung der von ihnen erhobenen Verfahrensrüge auf den abnormen Geisteszustand dieses Richters berufen.

Unstreitig ist, daß Oberlandesgerichtsrat Strecker in einer Sitzung des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle von 2. November 1948 unter einem Anfall von Ohnmacht oder Bewußtlosigkeit zusammengebrochen ist. Er kam

dann am 20. November 1948 in die Heil- und Pflegeanstalt nach Ilten und anschließend in die Nervenlinik der Universität Hamburg in Hamburg-Eppendorf, wo er bis zum 27. Juni 1949 weiterbehandelt und dann als im wesentlichen wieder gesund entlassen wurde.

Im übrigen sind vom Revisionsgericht, das die tatsächlichen Voraussetzungen der erhobenen Verfahrensrüge selbständig zu prüfen hatte, zu der Frage, in welchem Geisteszustand Oberlandesgerichtsrat St. sich am 19. Oktober 1948 befunden habe, drei Sachverständige zur Erstattung eines schriftlichen Gutachtens veranlaßt worden: der leitende Arzt der Privat-Heil- und Pflegeanstalt in Ilten, wo der erkrankte Richter sich vom 20. November 1948 bis zum 5. April 1949 in klinischer Behandlung befand, der Direktor der psychiatrischen und Nervenlinik der Universität Hamburg, in der Oberlandesgerichtsrat St. im Anschluß an den Iltener Aufenthalt vom 5. April bis 27. Juni 1949 weiterbehandelt wurde, und der Direktor der Universitäts-Nervenlinik in Göttingen, in der er auf Veranlassung des Niedersächsischen Ministers der Justiz in der Zeit vom 28. August bis 5. September 1949 in Abwesenheit dieses Sachverständigen untersucht und beobachtet und am 19. Dezember 1949 durch den Sachverständigen persönlich einer Nachuntersuchung unterzogen wurde:

Der leitende Arzt der Privat-Heil- und Pflegeanstalt in Ilten, Dozent Dr. J., der bereits in einem Gutachten vom 2. Februar 1949 auf Ersuchen des Oberlandesgerichtspräsidenten in Celle zur Frage der künftigen Dienstfähigkeit St.'s Stellung genommen hatte, kommt in seiner gutachtlichen Äußerung vom 18. Juli 1949, die er im vorliegenden Verfahren abgegeben hat, zu folgendem Ergebnis: Als sicher könne nur gelten, daß bei Oberlandesgerichtsrat St. etwa im Juni 1948 ein allmählich zunehmendes Nachlassen seiner geistigen und körperlichen Kräfte ein-

gesetzt habe, und zwar in der Form einer vermehrten Betriebsamkeit, Redseligkeit und Weitschweifigkeit mit einer gleichzeitigen nervösen Erschöpfung, die sich u.a. in erhöhter Ermüdbarkeit, Konzentrationsschwäche, Neigung zum Einschlafen am Tage, namentlich bei intensiver dienstlicher Beanspruchung sowie in einer Beeinträchtigung seines körperlichen Allgemeinzustandes geäußert habe. Es seien dies die Symptome eines manischen Verstimmungszustandes mit sogenanntem organischem Hintergrund, d.h. mit körperlich-nervösen Begleiterscheinungen auf dem Boden von arteriosklerotisch bedingten Kreislauffunktionsstörungen. Nach den Angaben des Patienten selbst, seiner Ehefrau und seines behandelnden Hausarztes in Celle stehe fest, daß diese Krankheitserscheinungen schon längere Zeit vor dem 19. Oktober 1948 bestanden und sich bis zu diesem Zeitpunkt nicht etwa zurückgebildet, sondern langsam so verstärkt hätten, daß Oberlandesgerichtsrat St. [REDACTED] im November 1948 für dienstunfähig habe erklärt werden müssen. Aus diesen Feststellungen könne aber noch nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß Oberlandesgerichtsrat St. [REDACTED] sich am 19. Oktober 1948 in einem Zustand befunden habe, durch den seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen gewesen sei. Die Intensität der Krankheitssymptome könnten bei Verstimmungszuständen dieser Art beträchtlichen Schwankungen, gerade auch in Bezug auf den Grad der manischen Ideenflucht und Unkonzentriertheit sowie der nervösen Erschöpfbarkeit unterliegen. Damit, daß Oberlandesgerichtsrat St. [REDACTED] am 19. Oktober 1948 und in der Zeit vor und nach diesem Tage psychisch-nervöse Gesundheitsstörungen aufwiesen habe, sei also nicht gesagt, daß der krankhafte Zustand bei ihm Tag für Tag gleichmäßig gegeben gewesen sei. Bestimmtere Aussagen über den Geisteszustand, in dem er sich am 19. Oktober 1948 befunden habe, seien nur möglich, wenn zunächst über sein Verhalten während der frag-

lichen Verhandlung genauere Feststellungen nach Maßgabe der vom Sachverständigen im einzelnen näher aufgestellten Fragen getroffen würden.

Der Direktor der psychiatrischen und Nervenklinik in Hamburg, Prof. Dr. B. P., hat sich in seinem schriftlichen Gutachten vom 7. Juli 1949 wie folgt geäußert: Es handle sich bei Oberlandesgerichtsrat St. um zwei biologische Geschehensreihen, die Veranlassung hätten geben können zu einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit.

a) Als sogenannter exogener Faktor resultiere die Tatsache, daß Oberlandesgerichtsrat Strecker damals schon in einem körperlich reduzierten Zustand sich befunden und unter vermehrten Erschöpfungserscheinungen gelitten habe. Bei seinem Zusammenbruch in der Sitzung vom 2. November 1948, bei der er nach einem Bericht des Oberlandesgerichtspräsidenten in Celle durch einen Schlafzustand einhergehend mit Ohnmacht bzw. sogar Bewußtlosigkeit aufgefallen sei, habe es sich um einen Kollapszustand gehandelt, der, wie später eindeutig nachgewiesen sei, durch einen labilen Hochdruck und einen Herzmuskelschaden bedingt gewesen sei. Am 19. Oktober 1948 habe unter Umständen ein ähnlicher Zustand vorliegen können, wenn die äußeren Begleitumstände sich in gleicher Weise abgespielt hätten. Nur unter dieser Voraussetzung sei man aus psychiatrischen Gründen berechtigt, für diesen Zeitpunkt des 19. Oktober 1948 eine Bewußtseinsstörung zu unterstellen, die ihrerseits den Bedingungen einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit im juristischen Sinne gleichgestellt werden könne. Es sei dabei aber einschränkend zu bemerken, daß dieses Geschehen seiner Natur nach ein vorübergehendes gewesen sei. Aus dieser Erwägung heraus sei die Aussage berechtigt, daß Oberlandesgerichtsrat St. zu diesem Zeitpunkt trotzdem im-

stande gewesen sei, die wesentliche Bedeutung aller Rechtsgeschäfte und vor allem auch die zur Diskussion stehenden Auswirkungen und Schlußfolgerungen seines damals abgegebenen juristischen Urteils zu erfassen und ihre nächsten Folgen zu übersehen. Das damals vorliegende exogene Störungsgeschehen sei seiner Natur nach -nach Art und Dauer - nicht dergestalt gewesen, daß es die Voraussetzungen zur Annahme einer Geisteskrankheit, einer Geistesschwäche oder einer sonstigen krankhaften Störung der Geistestätigkeit hätte erbringen können. Nach Art der Erkrankung kämen auch klare Zwischenräume in Frage. Mit Sicherheit könne angenommen werden, daß damals Tag für Tag gleichermaßen der mögliche krankhafte Zustand nicht gegeben gewesen sei.

b) Diese Stellungnahme gelte im wesentlichen auch im Hinblick auf die am 19. Oktober 1948 schon in Gang befindliche hypomanische Verstimmung. Diese sei ausweislich des späteren Verlaufs und der klinischen Symptomatik keine allzuerhebliche und Tag für Tag gleichbleibende gewesen. Aller Wahrscheinlichkeit nach sei dieses endogene Geschehen, das sich vornehmlich in einer etwas gesteigerten Verstimmbarkeit oder Schwächung der Urteilsbildung und Kritikfähigkeit geäußert habe, dergestalt gewesen, daß Oberlandesgerichtsgerichtsrat St. [REDACTED] noch soviel rationale Steuerung und Durchstehvermögen besessen habe, um sich juristisch qualifiziert und sicher äußern zu können.

Der spätere klinische Verlauf sowie die ärztlichen Beobachtungen hätten ergeben, daß alle Gespräche, die sich auf rein berufliches bzw. fachliches Wissen erstreckt hätten, in ihrer Diktion untadelig gewesen seien und nicht den Eindruck vermindelter Urteilsbildung und Kritikfähigkeit vermittelt hätten. Abschließend könne somit ausgesagt werden, daß es sehr unwahrscheinlich sei, daß Oberlandesgerichtsgerichtsrat St. [REDACTED] zu dem Zeitpunkt des 19. Okto-

ber 1948 sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden habe. Nach Art der Erkrankung, die sich damals lediglich in einer vermehrten affektiven Erregbarkeit und einer gewissen Weitschweifigkeit in der Redeführung dargestellt haben könne, kämen klare Zwischenräume durchaus in Frage.

Der Direktor der Universitäts-Nervenlinik in Göttingen, Prof. Dr. E., hat in seinem schriftlichen Gutachten vom 28. Dezember 1949 ein medizinisches Urteil darüber abgegeben, in welchem Zustand Oberlandesgerichtsrat St. sich am 22.10.1948, also 3 Tage nach dem hier in Frage kommenden Termin, befunden habe. Er hält es für sehr wahrscheinlich, daß der genannte Richter an diesem Tage (22.10.48) "nicht mehr so in Form" gewesen sei, um allen Ansprüchen eines amtierenden Senatsbeisitzers zu genügen. Die Unausgeglichenheiten in einem von ihm ausgearbeiteten Urteilsentwurf in der am 22.10.1948 verhandelten Sache T. / N. und die Darstellung, die die Prozeßbevollmächtigten der Ehefrau T. in ihrem Schriftsatz vom 1. April 1949 (Bl 155) über sein Verhalten in der Sitzung vom 22. Oktober 1948 gegeben hätten, entsprächen durchaus der Auffassung, daß Oberlandesgerichtsrat St. zu dem damaligen Terminszeitpunkt schon so erheblich krank gewesen sei, daß man ihn für seine wichtige und schwierige Amtstätigkeit als nicht mehr geschäftsfähig bezeichnen müsse, da er zu dieser Zeit schon eindeutig an einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit (manisch-depressives Irresein) gelitten habe.

In dem Wiederaufnahmeverfahren T. / N. ist Prof. Dr. E. in der Verhandlung vor dem 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts in Celle am 4. Juli 1950

zu diesem Gutachten mündlich gehört worden. Es wurde dabei festgestellt, daß der von Oberlandesgerichtsrat St[REDACTED] angefertigte Urteilsentwurf, auf den der Sachverständige sein schriftliches Gutachten wesentlich mitgestützt hatte, erst nach dem 2. November 1948 entstanden sei. Der Sachverständige hat daraufhin sein schriftliches Gutachten vom 28. 12. 1949 dahin eingeschränkt, daß es zwar höchst fraglich sei, ob Oberlandesgerichtsrat St[REDACTED] am 22. Oktober 1948, also 10 Tage vor dem 2. November 1948, geschäftsfähig gewesen sei. Er, der Sachverständige, könne aber nicht sagen, daß er am 22. Oktober 1948 nicht geschäftsfähig gewesen sei, ebensowenig könne er sagen, daß nach den Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür vorliege, daß Oberlandesgerichtsrat St[REDACTED] am 22. Oktober 1948 nicht geschäftsfähig gewesen sei.

Im vorliegenden Rechtsstreit ist Prof. Dr. E[REDACTED] gemäß dem Beschluß des OGHBZ vom 30. Juni 1950 (Bl 77) um eine Äußerung darüber ersucht, ob er die von ihm auf Seite 10 seines Gutachtens vom 28. Dezember 1949 für den 22. Oktober 1948 getroffene oben wiedergegebene Feststellung mit Sicherheit auch auf den Zeitpunkt des 19. Oktober 1948 ausdehne. Der Sachverständige hat sich dazu in seinem Schreiben an den OGH vom 11. August 1950 (Bl 80) wie folgt geäußert:

Die... über Herrn Oberlandesgerichtsrat Walter St[REDACTED] abgegebene gutachtliche Stellungnahme, in der ich mich für das Vorliegen einer Geistesstörung bei Herrn St[REDACTED] am 22. Oktober 1948 ausgesprochen habe, erhalte ich mit der dort wiedergegebenen Begründung aufrecht.

Diese gutachtliche Stellungnahme bezieht sich auf eine Angelegenheit T[REDACTED] ./ N[REDACTED], die am

22. Oktober 1948 in Celle vor dem Senat verhandelt wurde. Die Feststellung würde sich mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit auch auf den 19. Oktober 1948 beziehen.

Allen drei Sachverständigen haben Zeugenaussagen oder dienstliche Äußerungen über das Verhalten des Oberlandesgerichtsrats St. in der Sitzung vom 19. Oktober 1948 nicht vorgelegen, da entsprechende Beweiserhebungen nicht durchgeführt sind. Dagegen sind über sein Verhalten in der Sitzung vom 22. Oktober 1948 in dem Wiedernahmeverfahren T. / N. die Zeugen Rechtsanwalt Dr. M. in C. (Bl 222a), Landforstmeister a. D. T. (222b), Landwirt v. W. (222c) und Justitiar (früher Assessor) Dr. O. (Bl 234a) vernommen. Ferner ist eine dienstliche Äußerung des Senatspräsidenten T. (Bl 170) eingeholt worden. Nur die letztere hat dem Sachverständigen Prof. Dr. E. bei Erstattung seines Gutachtens vom 28. Dezember 1949 vorgelegen. Die erst später gemachten vorerwähnten Zeugenaussagen sind dagegen erst bei der mündlichen Ergänzung seines Gutachtens vom 4. Juli 1950 berücksichtigt. Sämtliche Gutachter sind jedoch auf Grund der eigenen Angaben des Oberlandesgerichtsrats St. und seiner Ehefrau sowie der Angaben des Oberlandesgerichtspräsidenten in Celle in seinem Ersuchen um Erstattung eines Gutachtens an die Iltener Heil- und Pflegeanstalt davon ausgegangen, daß Oberlandesgerichtsrat St. schon seit Juni 1948 in seinen körperlichen und geistigen Kräften nachgelassen habe, nicht mehr mit der Arbeit fertig geworden sei, schließlich des Nachts kaum geschlafen habe und körperlich sehr heruntergekommen sei, daß er auch Flimmern vor den Augen gehabt, tags über öfters in beliebigen Körperhaltungen eingeschlafen sei und schließlich in der Sitzung vom 2. November 1948 einen Anfall von Ohnmacht oder Bewußtlosigkeit erlitten habe. Ge-

genüber dem Sachverständigen Prof. Dr. B[redacted]-P[redacted] hatte Oberlandesgerichtsrat Strecker sich nach Eintreffen des Ersuchens des OGH über sein Befinden in der hier fraglichen Zeit wie folgt geäußert:

Ich kann sicherlich nicht leugnen, daß -beginnend seit Juni 1948 - ich vermehrt nervös und reizbar wurde und im Laufe der Zeit meine körperlichen Kräfte nachgelassen haben. Aber ich habe meine juristische Tätigkeit durchgestanden und nach meinem Ermessen zufriedenstellend ausgeführt. Durch Beurlaubungen zweier oder dreier Mitarbeiter hatte ich damals mehr zu tun, so daß ich notgedrungen mit meinen laufenden Bearbeitungen etwas in Rückstand geraten bin. Durch diese laufende und anhaltende Beanspruchung bin ich gleichzeitig auch körperlich ziemlich abgefallen. Ich schlief schlecht, wurde tags über dadurch noch nervöser und mußte mich immer wieder zusammenreißen, um nicht vor Erschöpfung einzuschlafen. Ich erinnere mich genau an den Vorfall am 2. November 1948. In Sachen R[redacted] ./.. Ro[redacted] ist mir nicht erinnerlich, daß ich damals aufgefallen sein sollte oder daß mir etwas ähnliches wie am 2. November 1948 passiert sein könnte.

Nach den Aussagen des Zeugen O[redacted] und der dienstlichen Äußerung des Senatspräsidenten T[redacted] hat Oberlandesgerichtsrat Strecker nicht nur in der Sitzung vom 22. Oktober 1948 sondern auch bereits in früheren Sitzungen auf die Anwesenden einen apathischen und stark erschöpften Eindruck gemacht. Das wird auch durch die Aussage des Rechtsanwalts M[redacted] bestätigt.

Nach diesen von den Parteien in der Verhandlung vor dem erkennenden Senat vorgetragenen Beweisurkunden ist

festzustellen, daß das Verhalten und der Zustand des Oberlandesgerichtsrats St. [REDACTED] in der Sitzung vom 19. Oktober 1948 im wesentlichen dieselben gewesen sind, wie in der Sitzung vom 22. Oktober 1948. Daß in der Sitzung vom 19. Oktober 1948 besonders auffällige, aus dem Rahmen seines Zustandsbildes in den übrigen Sitzungen vor dem 2. November 1948 herausfallende Erscheinungen bei ihm hervorgetreten seien, wird auch von der Revision nicht behauptet. Insbesondere behauptet sie nicht, daß sich am 19. Oktober 1948 ähnliche Erscheinungen - Anfälle von Ohnmacht oder Bewußtlosigkeit - gezeigt hätten, wie sie unstreitig in der Sitzung vom 2. November 1948 zutage getreten sind. Auf die Vernehmung der in der Verhandlung vom 19. Oktober 1948 beteiligten Anwälte und Richter, die die Revision dafür benannt hat, daß Oberlandesgerichtsrat St. [REDACTED] an diesem Tage der Verhandlung nicht habe folgen können, konnte es danach nicht ankommen, zumal die Revision nicht näher angegeben hat, welche bestimmten tatsächlichen Beobachtungen (der von ihr unter Beweis gestellte Satz enthält eine Schlußfolgerung) hinsichtlich des Verhaltens und des Zustandes von Oberlandesgerichtsrat St. [REDACTED] von diesen Zeugen gemacht sein sollen.

Aber auch unter dem Gesichtspunkt einer näheren Unterrichtung der Sachverständigen waren weitere Ermittlungen über das Verhalten des Oberlandesgerichtsrats St. [REDACTED] in der Sitzung vom 19. Oktober 1948 nicht erforderlich. Der Eindruck, den er nach den Bekundungen der in dem Wiederaufnahmeverfahren T. [REDACTED] ./ N. [REDACTED] vernommenen Zeugen und nach der dienstlichen Äußerung des Senatspräsidenten T. [REDACTED] in der Sitzung vom 22. Oktober 1948 und in den früheren Sitzungen auf die Anwesenden gemacht hat, fügt sich ohne weiteres in das Zustandsbild ein, von dem die Sachverständigen bei ihren Gutachten auf Grund der

Krankheitsgeschichte, der eigenen Angaben des Oberlandesgerichtsrats St. [REDACTED] und seiner Ehefrau sowie des Oberlandesgerichtspräsidenten in Celle ausgegangen sind, ohne dieses Bild zu ändern oder auch nur wesentlich zu ergänzen.

Nach diesen Gutachten kann aber der von den Klägern zu erbringende Beweis dafür, daß Oberlandesgerichtsrat St. [REDACTED] am 19. Oktober 1948 geschäftsunfähig gewesen sei, nicht als geführt angesehen werden. Die Sachverständigen Dr. J. [REDACTED] und Prof. Dr. B. [REDACTED]-P. [REDACTED] kommen auf Grund ihrer Untersuchung eindeutig zu dem Ergebnis, daß die von ihnen getroffenen Feststellungen nicht den Schluß rechtfertigen könnten, Oberlandesgerichtsrat St. [REDACTED] habe sich am 19. Oktober 1948 in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden. Prof. Dr. B. [REDACTED]-P. [REDACTED] bezeichnet dies sogar als sehr unwahrscheinlich und erklärt in seinem Gutachten ausdrücklich, daß ein solcher Schluß nur gerechtfertigt sein könnte, wenn die äußeren Begleitumstände des Kollapszustandes vom 2. November 1948 in gleicher Weise auch am 19. Oktober 1948 beobachtet worden wären, was nach den oben getroffenen Feststellungen nicht der Fall ist. Das Gutachten von Prof. Dr. E. [REDACTED] könnte, jedenfalls dann, wenn man von der Einschränkung absieht, die er in der Verhandlung vom 4. Juli 1950 vor dem 4. Zivilsenat in Celle gemacht hat, (in seinem oben erwähnten Schreiben an den OGH vom 11. August 1950 aber anscheinend nicht aufrechterhält) für die gegenteilige Annahme sprechen. Der Senat hat jedoch erhebliche Bedenken, dem früheren schriftlichen Gutachten von Prof. Dr. E. [REDACTED] einen höheren Beweiswert beizumessen, als den Gutachten der beiden anderen Sachverständigen. Das Gutachten von Prof. Dr. E. [REDACTED] leidet zunächst insofern an einer gewissen Unklarheit, als es einmal die Aussage enthält, der Sach-

verständige "möchte es für sehr wahrscheinlich halten, daß Herr St[REDACTED] in der Sitzung des 22. Oktober 1948 nicht mehr so in Form war, um allen Ansprüchen eines amtierenden Senatsbeisitzers zu genügen", andererseits aber die Auffassung vertritt, "daß Herr Oberlandesgerichtsrat St[REDACTED] zu dem damaligen Terminszeitpunkt schon so: erkrankt gewesen sei, daß man ihn für seine wichtige und schwierige Amtstätigkeit als nicht mehr geschäftsfähig habe bezeichnen müssen, da er zu dieser Zeit schon eindeutig an einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit gelitten habe." Das Gutachten stützt sich ferner im wesentlichen auf die (nach den Feststellungen, die das Oberlandesgericht Celle im Wiederaufnahmeverfahren T[REDACTED] ./ . N[REDACTED] getroffen hat) unzutreffende, jedenfalls aber nicht bewiesene und auch von der Revision nicht unter Beweis gestellte Annahme, daß der dem Sachverständigen auszugsweise mitgeteilte Urteilsentwurf des Oberlandesgerichtsrats St[REDACTED] von diesem vor seinem Zusammenbruch am 2. November 1948 angefertigt sei. Es stützt sich sodann hinsichtlich des Eindrucks, den Oberlandesgerichtsrat St[REDACTED] in der Sitzung vom 22. Oktober 1948 auf die Anwesenden gemacht hat, nur auf die - lediglich als Parteibehauptungen zu wertende - Darstellung der Prozeßbevollmächtigten der Ehefrau T[REDACTED], ohne die Zeugenaussagen zu verwerten und ohne insbesondere auf die dienstliche Äußerung des Senatspräsidenten Thieme näher einzugehen. Schließlich kann der Meinung des Sachverständigen Prof. Dr. E[REDACTED] gegenüber dem Gutachten der beiden anderen Ärzte auch um deswillen nicht der Vorzug gegeben werden, weil diese Meinung sich nur auf die verhältnismäßig kurze Beobachtung des Patienten, die in der Göttinger Nervenlinik in Abwesenheit des Gutachters vorgenommen wurde, sowie auf dessen einmalige Nachuntersuchung am 19. Dezember 1949 stützt, während

die beiden anderen Sachverständigen Gelegenheit hatten, sich während eines längeren Zeitraumes mit dem Patienten zu befassen.

Eine mündliche Vernehmung der Sachverständigen oder eine erneute Begutachtung durch einen von ihnen hat der Senat nicht für erforderlich gehalten, da er sich über die Erfahrungssätze der medizinischen Wissenschaft, welche für die Beurteilung des vorliegenden Falles in Betracht kommen, anhand der eingehenden schriftlichen Darlegungen der drei Sachverständigen bereits hinreichend hat unterrichten können (vgl. Stein-Jonas-Schönke ZPO Anh. III 1 u 2 vor § 402).

In der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat hat die Revision weiter vorgetragen, daß Oberlandesgerichtsrat St. sich auch bei der Beratung des Berufungsurteils, deren genauer Zeitpunkt dabei nicht angegeben ist, in einem Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden habe. Eine solche Rüge ist in dieser Form in der schriftlichen Revisionsbegründung, in der nur auf den Zustand des genannten Richters während der Verhandlung vom 19.10.1948 abgestellt ist, nicht enthalten. Nun wird man zwar die auf die Verhandlung vom 19.10.1948 sich beziehende schriftliche Revisionsrüge bei weiter Auslegung allenfalls dahin verstehen können, daß Oberlandesgerichtsrat St. auch bei einer etwa im Anschluß an diese Verhandlung, also noch am gleichen Tage stattgefundenen Beratung geistesgestört gewesen sei. hinsichtlich einer solchen Behauptung würden jedoch die gleichen Erwägungen gelten, wie für seinen Zustand während der Verhandlung vom 19.10.1948, d.h. es würde auch insoweit und darüber hinaus für seinen Zustand bis zum 2.11.1948 an einem Beweis der Geistesgestörtheit fehlen. Eine Rüge des Inhalts aber, daß die Beratung zu einem späteren Zeitpunkt stattgefunden habe, und daß Oberlandes-

gerichtsrat St. [REDACTED] zu diesem Zeitpunkt geistesgestört gewesen sei, kann der schriftlichen Revisionsbegründung in keinem Falle entnommen werden. Auf eine solche Rüge könnte deshalb die Revision gemäß §§ 554 Abs 3 Ziff 2 b, 559 ZPO nicht gestützt werden.

#### IV.

Die Revision rügt ferner, daß das Berufungsgericht den Prozeßstoff nicht voll ausgeschöpft und seiner Fragepflicht gemäß § 139 ZPO nicht in vollem Umfange genügt habe.

So nehme es lediglich auf Grund einiger Wendungen in dem Testament vom 29. August 1929 - an, daß dieses unter Mitwirkung eines Juristen formuliert worden sei, obwohl die Parteien hierüber voneinander abweichende Behauptungen aufgestellt hätten, denen das Gericht hätte nachgehen müssen. Insbesondere hätte es die Beklagte im Hinblick auf ihre Behauptung, daß ein Jurist bei der Formulierung des Testaments mitgewirkt habe, fragen müssen, welcher Jurist dies gewesen sei.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Aus dem Zusammenhang, in welchen von der Beklagten die Behauptung aufgestellt war, daß das Testament von einem Rechtskundigen entworfen sei, (Schriftsatz vom 26.2.48 Bl 61 d.A.) konnte das Berufungsgericht entnehmen, daß diese Behauptung, für die Zeugen oder sonstige Beweismittel nicht angegeben waren, sich nicht auf die Kenntnis der Beklagten von einem bestimmten historischen Vorgang gründete, sondern nur eine Schlußfolgerung aus der Textfassung des Testaments darstellte. Es konnte darum ohne gegen seine Aufklärungspflicht zu verstoßen, annehmen, daß die Beklagte nicht in der Lage sei, diese ihre Behauptung in der von der Revision bezeichneten Richtung näher zu substantiieren und unter Beweis zu stellen, wie ja andererseits auch die

Kläger ihre gegenteilige Behauptung nicht näher substantiiert und unter Beweis gestellt hatten. Wenn das Berufungsgericht aber mit der Beklagten aus einzelnen Wendungen des Testaments die Schlußfolgerung gezogen hat, daß das Testament von einem Rechtskundigen entworfen, zum mindesten aber mit einem solchen im einzelnen durchgesprochen worden sei, so ist eine solche auf dem Gebiet tatrichterlicher Würdigung liegende Feststellung auch bei Berücksichtigung des Umstandes, daß das Testament in seinen Nebenanordnungen auch laienhafte Wendungen enthält, jedenfalls denkgesetzlich und nach der Lebenserfahrung möglich und kann daher in der Revisionsinstanz nicht mit Erfolg angegriffen werden. Das Berufungsgericht konnte diese Feststellung, ohne gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze zu verstoßen, hilfsweise auch auf die unbestrittene Tatsache stützen, daß der Erblasser sich nach der Bekundung des Zeugen Oberlandesgerichtsrat a.D. Dr. Sa. [REDACTED] in der Folgezeit (nach 1946) in entscheidenden Rechtsfragen von einem Juristen hatte beraten lassen.

Der Revision kann auch darin nicht beigetreten werden, daß das Berufungsgericht bei der Auslegung des Testaments angenommen habe, der Ausdruck "Alleinerbe" schließe schlechthin schon die Annahme einer Vor- und Nacherbschaft aus. Das Berufungsgericht stellt der Vorerbschaft ausdrücklich den Begriff der Vollerbschaft und nicht den der Alleinerbschaft gegenüber. Es ist sich also des Unterschiedes zwischen diesen beiden Begriffen durchaus bewußt gewesen.

Zu Unrecht beanstandet die Revision ferner, daß das Berufungsgericht bei der Erforschung des wahren Willens der verstorbenen Eheleute R. [REDACTED] den in ihrer Ehe vorgekommenen Spannungen eine zu geringe Bedeutung beigemessen und die konkreten Angaben, die die Kläger hierzu un-

ter Beweisantritt gemacht hätten, nicht berücksichtigt habe. Das Berufungsgericht konnte auch bei Unterstellung dieser Angaben der Kläger der Auffassung sein, daß das Maß der Spannungen, die in der Ehe der Erblasser vorgekommen waren, nicht wesentlich über den Rahmen hinausgegangen sei, durch den das Bild einer Durchschnittsehe bestimmt ist, so daß die Grundlage des gegenseitigen Vertrauens der Eheleute trotz dieser gelegentlichen Spannungen erhalten geblieben war. Insbesondere ergab sich aus den Behauptungen, die die Kläger hierzu gemacht hatten, nicht, daß dieses gegenseitige Vertrauen der Eheleute R. schon zur Zeit der Testamentserrichtung (29.8. 1929) soweit erschüttert gewesen sei, daß die Ehefrau dahmals für den Fall ihres Vorversterbens die Befürchtung gehegt haben könne oder gehegt haben müsse, ihr Ehemann werde nach ihrem Tode ein ihm durch das Testament eingeräumtes Recht, über ihren Nachlaß unter Lebenden zu verfügen, zum Nachteil der Söhne mißbrauchen.

Auch der sonstige Sachverhalt nötigte das Berufungsgericht nicht, eine derartige Besorgnis der Ehefrau R. gegenüber ihrem Gatten und umgekehrt des Ehemannes gegenüber der Frau anzunehmen und daraus auf den Willen der Erblasser zu schließen, dem Überlebenden in keinem Falle die Stellung eines unter Lebenden frei verfügungsberechtigten Erben des Erstversterbenden zu geben. Die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Testament gibt, schließt auch keineswegs die Annahme aus, daß beide Eheleute davon ausgegangen sind, daß den Söhnen nach dem Tode des Längstlebenden das Grundstück und das Druckereigeschäft zufallen sollten. Denn auch wenn diese ihre Vorstellung die Erwartung in sich schloß, daß der Überlebende, über den Nachlaß des zuerst Versterbenden ebenso wie über seinen Anteil an dem Grundstück und an dem Geschäft unter Lebenden nicht ohne Not bzw. nicht ohne wichtige

Gründe eine Verfügung treffen werde, durch die das Vermögen, das den Söhnen beim Tode des Längstlebenden zufallen sollte, geschmälert werden würde, so konnten sie doch den Willen gehabt haben, dem Überlebenden ein solches Verfügungsrecht für alle Fälle einzuräumen, d.h. die Möglichkeit einer solchen Verfügung nicht schlechthin auszuschließen. Mit dieser Annahme steht auch der Inhalt des letzten Absatzes des Testamentes denkgesetzlich nicht in Widerspruch. Wenn es dort heißt, daß der Überlebende über Privatgelder und Wirtschaftsgegenstände nach seinem Willen extra verfügen könne, so kann damit das Recht zu einer anderweiten Verfügung von Todes wegen gemeint sein, das dem Überlebenden gemäß § 2271 BGB ohne eine solche besondere Anordnung bezüglich dieser Gegenstände ebenso wenig zugestanden hätte, wie bezüglich des sonstigen Vermögens, sei es des persönlichen sei es des auf Grund des Testaments ererbten. Für diese Auslegung würde noch der Umstand sprechen können, daß in diesem letzten Absatz ausdrücklich von den Privatgeldern und Wirtschaftsgegenständen der Unterzeichneten, also beider Eheleute die Rede ist. Daß der Überlebende nicht gehindert war, über seine persönlichen, nicht ererbten Vermögensgegenstände unter Lebenden frei zu verfügen, verstand sich in jedem Falle von selbst und brauchte ihm nicht erst im Testament gestattet zu werden.

Wenn das Berufungsgericht aus dem Umstand, daß die Kläger ihr Nacherbenrecht erst nach dem Tode des Vaters und kurz vor der Rechtshängigkeit dieses Prozesses geltend gemacht haben, den Schluß zieht, daß sie sich selbst nicht als Nacherben angesehen hätten, so ist auch darin ein gedanklicher Fehlor nicht zu erkennen. Das Berufungsgericht konnte - im Gegensatz zu der Meinung der Revision - durchaus annehmen, daß die Kläger vor der Bestellung des Wohnrechts für die Beklagte Anlaß gehabt hätten, ihr Nach-

erbenrecht geltend zu machen, insbesondere seine Feststellung durch einen Erbschein und seine Eintragung im Grundbuch zu erwirken, wenn sie sich als Nacherben angesehen hätten. Bei der Auslegung des Testaments sprach der erste Anschein im Hinblick auf § 2269 Abs 1 BGB für die Vollerbenstellung des Vaters. Die Kläger mußten also zumal bei dem gespannten Verhältnis, daß zwischen ihnen auf der einen Seite und ihrem Vater und der Beklagten auf der anderen Seite während der letzten Jahre bestand, damit rechnen, daß der Erblasser versuchen werde, über den Nachlaß seiner Ehefrau Verfügungen zu treffen, durch die ihr etwaiges Nacherbenrecht, wenn es weder durch Erbschein festgestellt, noch durch grundbuchliche Eintragung gesichert war, beeinträchtigt werden würde. Im übrigen würde der Annahme des Berufungsgerichts, daß das Testament in dem von ihm vertretenen Sinne auszulegen sei, keine Stütze entzogen werden, wenn die Kläger tatsächlich schon immer der Meinung gewesen wären, daß sie hinsichtlich des Nachlasses ihrer Mutter zu Nacherben bestimmt seien, denn ihre Auffassung ist als solche für die Auslegung des Testaments unerheblich.

Auch der Inhalt der von den Klägern überreichten Testamentsentwürfe und Schreiben des Erblassers brauchte die Überzeugung des Berufungsgerichts, daß die Erblasser bei Errichtung des Testaments vom 29. August 1929 den Willen gehabt hätten, dem Überlebenden die Stellung eines Vollerben zu geben, nicht in Frage zu stellen. Wenn der Erblasser in diesen Schriftstücken zum Ausdruck gebracht hat, daß er in der Verfügung über das Grundstück und das Geschäft beschränkt sei, so kann er damit seine Beschränkung hinsichtlich einer Verfügung von Todes wegen gemeint haben, die, wie bereits ausgeführt, nach dem Tode seiner Ehefrau gemäß § 2271 BGB auch dann bestand, wenn er Vollerbe war. Seine etwaige irrtümliche Annahme, daß diese

Beschränkung nicht bestehe, sofern er bereits vor dem Tode seiner Ehefrau Alleineigentümer gewesen sei, beweist nicht, daß er sich zu einer Verfügung unter Lebenden hinsichtlich des ererbten Vermögensanteils nicht für befugt gehalten hat. Seine gegenteilige Annahme konnte das Berufungsgericht u.a. aus der Aussage des Zeugen Sa [REDACTED] und der tatsächlich vorgenommenen Bestellung des Wohnrechts für die Beklagte folgern. Auch die Erwägung des Berufungsgerichts darüber, daß eine solche Annahme des Erblassers mit dem Inhalt seines Testaments vom 13.3.1946 nicht in Widerspruch stehe, sind rechtlich und denkgesetzmäßig einwandfrei. Der Satz dieses Testaments: .... "Alle meine bewegliche Habe, soweit sie nicht meinen Söhnen übertragen ist...", kann, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, zwanglos auch in dem Sinne verstanden werden: ... "Soweit sie nicht meinen Söhnen letztwillig zugewandt ist, d.h. ihnen bei meinem Tode zufällt." Wirksam wurde ja die "Übertragung" durch das Testament in jedem Falle erst mit diesem Zeitpunkt.

Ebenso lassen sich aus dem Umstand, daß der Vater Romberger alsbald nach dem Tode seiner Ehefrau - in Ausübung seines Verfügungsrechts - die Kläger als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft an dem Druckereigeschäft beteiligt hat, keine zwingenden Schlüsse auf seinen Willen bei der Testamentserrichtung ziehen. Unerheblich hierfür ist auch die Erwägung, daß die Töchter der Erblasser beim Tode ihrer Mutter gegen ihren Vater als Vollerben Pflichtteilsansprüche hätten geltend machen und dadurch die von den Eltern beabsichtigte schließliche Aufteilung des beiderseitigen Nachlasses hätten gefährden können, weil Barmittel zur Auszahlung der Pflichtteilsansprüche nicht hätten aufgebracht werden können. Zur Geltendmachung ihres Pflichtteils wären die Töchter - wenn auch nur unter Ausschlagung der Nacherbschaft

(§ 2306 BGB) - auch bei der von den Klägern vertretenen Auslegung des Testaments berechtigt gewesen.

Zu Unrecht unterstellt die Revision dem Berufungsgericht, daß es in der Bestellung des lebenslänglichen Wohnrechts für die Beklagte einen Akt der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses der Mutter erblickt hätte, der auch beim Vorliegen einer Nacherbschaft ohne Zustimmung der Nacherben wirksam wäre. Das hat das Berufungsgericht nicht angenommen. Die Kläger hatten ausgeführt, daß die weitgehende Befugnis zu Verfügungen unter Lebenden, die bei der von der Beklagten vertretenen Auslegung des Testaments dem überlebenden Ehegatten zustehen würde und zur Vereitelung der Teilungsanordnung führen könne, gegen diese Auslegung spreche. Demgegenüber weist das Berufungsgericht lediglich allgemein darauf hin, daß auch die Verfügungsbeschränkung des Vorerben ihre Grenzen habe, weil der Vorerbe unter Umständen auch über die ihm durch § 2113 Abs 1 BGB gezogenen Schranken hinaus über Nachlaßgegenstände, und zwar auch über Grundstücke verfügen könne, wenn eine solche Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sei. Das Berufungsgericht hat dabei offenbar die Bestimmung des § 2120 BGB im Auge gehabt, wonach der Nacherbe unter der angegebenen Voraussetzung dem Vorerben gegenüber verpflichtet ist, seine Einwilligung zu der Verfügung zu erteilen. Diese Erwägung ist rechtlich nicht fehlerhaft, wenn ihr auch für die Auslegung des Testaments keine entscheidende Bedeutung zukommen mag und offenbar vom Berufungsgericht auch nicht zugemessen wird, da die Stellung des Vollerben trotz der Bestimmung des § 2120 BGB eine wesentlich freiere ist, als die des - nicht befreiten - Vorerben.

Sämtliche Angriffe, die die Revision gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Testaments vom

29. August 1929 erhoben hat, erweisen sich hiernach als unbegründet. Die Revision hat nicht darzutun vermocht, daß diese Auslegung gegen gesetzliche Auslegungsregeln oder gegen Denkgesetze verstößt oder daß das Berufungsgericht tatsächlich Umstände außer acht gelassen habe, die zu einer anderen Auslegung hätten Anlaß geben können oder müssen. Zutreffend hat das Berufungsgericht bei seiner Auslegung des Testaments wesentlich darauf abgestellt, ob die sämtlichen Anordnungen so wie sonstige zu ihrer Auslegung heranzuziehenden Umstände zusammen betrachtet erkennen lassen, ob die Eheleute das beiderseitige Vermögen als eine Einheit angesehen und daher eine verschiedene Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten zu den ursprünglichen Teilen des gesamten Vermögens haben ausschließen wollen oder ob sie eine Trennung der beiden Vermögensmassen beabsichtigt haben (vgl. RG 113, 240). Gegen die letztere Annahme hat es auch mit Recht den Umstand angeführt, daß das beiderseitige Vermögen der Ehegatten bereits kraft Gütergemeinschaft zu einer Einheit verbunden war, sodaß unter dem Nachlaß eines jeden Ehegatten im wesentlichen immer nur die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens zu verstehen war.

Zum mindesten konnte das Berufungsgericht bei Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände begründete Zweifel haben, ob der Wille der Eheleute R. bei Errichtung des Testaments darauf gerichtet gewesen sei, dem Überlebenden hinsichtlich des Nachlasses des Erstversterbenden lediglich die Stellung eines Vorerben zu geben. Solche Zweifel mußten aber nach der Regel des § 2269 BGB zu der Auslegung führen, zu der das Berufungsgericht sich entschieden hat.

Als unbegründet erweist sich schließlich auch der Angriff der Revision gegen die Feststellung des Berufungs-

gerichts, daß in der Bestellung des lebenslänglichen Wohnrechts für die Beklagte keine bössliche Schenkung im Sinne des § 2287 BGB zu erblicken sei. Es mag dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht hierbei den Begriff der bösslichen Schenkung verkennt, wenn es ausführt, die Kläger hätten nicht nachweisen können, daß der Erblasser ausschließlich in Benachteiligungsabsicht gehandelt habe. Auf einem Rechtsirrtum in dieser Richtung würde jedenfalls das angefochtene Urteil nicht beruhen. Das Berufungsgericht stellt nämlich (S 13) ohne Rechtsverstoß eindeutig fest, daß der eigentlich treibende und bestimmende Beweggrund für die Wohnrechtsbestellung die Sorge um die Beklagte und nicht eine Benachteiligung der Kläger gewesen sei. Damit fehlt es, wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf die zu billigende Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG 77, 111 [113]; JW 1935, 275) zutreffend ausführt, in jedem Falle an der entscheidenden begrifflichen Voraussetzung für die Annahme einer böswilligen Schenkung, und das Berufungsgericht konnte es dahingestellt lassen, ob die Bestellung des Wohnrechts ganz oder teilweise eine unentgeltliche Verfügung zugunsten der Beklagten bedeutete, oder ob sie lediglich eine angemessene Entlohnung der Beklagten für ihre dem Erblasser geleisteten Dienste darstellte.

Nach allem war der Revision der Erfolg zu versagen.  
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Lersch      Raske      Ascher      Johannsen      v. Werner